

# Análise dos casos judiciais sob a ótica do princípio da “parcialidade positiva do juiz”

**Autor: Artur César de Souza**

Juiz Federal, Professor da UNOPAR, Doutor em Direito das Relações Sociais pela UFPR, Pós-Doutor pela Università Statale di Milano, pela Universidad de Valência e pela UFSC

publicado em 30.8.2010

 [\[enviar este artigo\]](#)  [\[imprimir\]](#)

## Resumo

Pretende-se, neste trabalho, por meio da análise de casos concretos – civis ou penais –, observar a aplicação por parte dos órgãos jurisdicionais do princípio da **parcialidade positiva do juiz**.

O princípio da **parcialidade positiva do juiz** prescreve que o magistrado, na solução do caso concreto, reconheça as diferenças sociais, econômicas, culturais etc das partes que compõem a relação jurídica processual e aja de acordo com essas diferenças.

Nos casos judiciais apresentados, observa-se que as decisões jurisdicionais, de certa forma, levaram em consideração a **racionalidade do Outro** como forma de concretizar um processo **justo e equo**.

Decisões em que prevalece a situação pessoal da parte, como, por exemplo, fatores *pro misero*, doença, classe social e raça, estão consubstanciadas efetivamente no princípio da **parcialidade positiva do juiz**.

São exemplos paradigmáticos da humanização e da solidariedade introduzidas no âmbito da relação jurídica processual e sugerem uma nova formação filosófica do magistrado, formação que, por meio de uma “parcialidade positiva”, percebe fatores individuais e pessoais da parte para concluir a prestação jurisdicional.

**Palavras-chave:** Parcialidade positiva do juiz. Humanização do processo. Racionalidade do Outro. Processo justo e equo.

## Abstract

*The objective of this work is to observe, through the analysis of civil or penal concrete cases, the application of the **judge's positive partiality principle** by legal bodies.*

*The **judge's positive partiality** principle prescribes that magistrates, upon solving a concrete case, recognizes the social, economical, cultural, etc. differences of the parties involved in a legal proceeding relationship, and act accordingly to these differences.*

*In a sense, the legal decisions discussed here took into consideration the **rationality of the Other**, as a way to carry out a due process.*

*For instance, decisions in which the personal situation of the party prevails, *pro misero*, sickness, social and race factors, are effectively supported by the **judge's positive partiality** principle.*

*They are paradigmatic examples of humanization and solidarity introduced in the process relationship that suggest a new philosophical education for*

*the magistrate, which, through “positive partiality”, takes into account the individual and personal situation of the party to conclude legal judgement.*

**Keywords:** Judge’s positive partiality. Process humanization. Rationality of the Other. Due process.

**Sumário:** Introdução. I Apresentação dos casos concretos. II Análise dos casos concretos sob a ótica do princípio da **parcialidade positiva do juiz**. III A insuficiência da dogmática jurídica para a solução dos casos concretos. IV Concretude da vida humana como fundamento da análise filosófica da justiça da decisão. V O processo como instrumento de solidariedade humana – a humanização do processo civil ou penal. Bibliografia.

## **Introdução**

As questões prioritárias (nucleares) que capturam a atenção dos estudiosos neste momento, e que possivelmente dominarão todo o horizonte processual constitucional do Século XXI, circulam por uma ampla faixa geral e comum a todos os países e se desdobram em um elenco integrado por:

*“– privilegiar su rol instrumental – de servicio – en el núcleo de la persona (principal referencia del Derecho), con base en la pauta guía de la solidaridad y dimensión social; la meta del debido proceso adjetivo, el desemboque real, es un fallo justo que en verdad solucione o disuelva los conflictos, que brinde una tutela efectiva, facilitando la realización del derecho material; – dar prioridad a los valores; en la cumbre, la dignidad de la persona, pero también en las sociedades de masas y en la escala de los conflictos coexistentes, preservar la paz jurídica; – reconocer que el hallazgo inteligente de las respuestas será la conclusión de un método interdisciplinario; en donde cada especialización arrime su verdad, su técnica, sumándose al esfuerzo común. – El juez debe saber sumar a su función normal – la de dar con sus sentencias soluciones jurídicas – la creativa del derecho aplicable al caso, la de un activismo protagónico y una presencia y dirección inteligentes”.(1)*

A incansável luta para se derrubarem e ultrapassarem os obstáculos e as barreiras, tanto as do interior do processo em si como as exógenas demonstradas por tantas circunstâncias sociológicas debilitadoras (pobreza, linguagem, desinformação, discriminações), conduz a uma nova perspectiva. Essa perspectiva de um “processo justo” também é representada pela dimensão social de um processo, caracterizado por um aspecto mais *humano e solidário*, bem como pelo trânsito de uma justiça ortodoxamente “liberal” para aquela que incorpora em suas vivências “(...) *las exigencias del estado social de derecho, en el pivote de una clara relevancia del solidarismo (la justicia con un **rostro más humano**)*”.(2)

São mudanças importantes e adequadas para um perfeito funcionamento do processo atual, ou seja:

*“(...) un retorno a la personalización, a la debida consideración central de la persona, también, como sujeto del proceso o de sus alternativas integradoras (...); la constante y preferente atención en el hombre que está envuelto en el conflicto que dio origen a la controversia, y que aguarda la solución de éstos, sus problemas, que son los referentes del derecho y, también, del proceso; el franco reconocimiento de que el proceso es una institución social; los intereses que en él se hallan en juego trascienden los de las partes; humanizar el proceso es personalizarlo; al cabo socializarlo con los aires no egoístas de la solidaridad”.(3)*

Na verdade, a injustiça percorre todo o organismo social e solta suas raízes onde encontra um terreno propício. A fonte de injustiça está num sistema que reproduz em todos os níveis o abuso sem distinção de classe. Deve-se cada vez mais sustentar e com rigor a aspiração ética e intelectual que, por detrás de qualquer investigação teórica, conserva

intacta sua razão de ser: “(...) *la necesidad de eliminar la explotación económica y los abusos y discriminaciones sociales*”.(4)

Mas, para que se possa eliminar *la explotación económica y los abusos y discriminaciones sociales* no âmbito da relação jurídica processual civil ou penal, deve-se romper com o postulado dogmático do **juiz (im)parcial**, na sua concepção clássica iluminista, que é fruto de ultrapassadas e objetivamente criticáveis tendências formalistas vinculadas ao pensamento que pressupõe a existência de um juiz “eunuco” e totalmente “asséptico”.

A visão meramente formalista cria uma falsa ilusão em relação ao ser humano juiz.

O juiz não é neutro e muito menos imparcial, pois, de certa forma, está vinculado às suas concepções sociais, econômicas, culturais, psicológicas e ideológicas. É um ser histórico e fruto de seu tempo.

Os poderes disciplinar e biopolítico disseminados perifericamente num determinado momento histórico da humanidade sugestionam a subjetivação do juiz, bem como sua performance no âmbito da relação jurídica processual civil ou penal.

Não sendo o juiz neutro, muito menos (im)parcial, procura-se romper com essa visão meramente formalista, sugerindo-se uma nova leitura para o princípio da **(im)parcialidade** do juiz.

Numa perspectiva humanística do processo civil ou penal, postula-se a aplicação do princípio da **parcialidade positiva do juiz**.

O princípio do **juiz positivamente parcial**, que garante o reconhecimento das diferenças sociais, econômicas, culturais das pessoas envolvidas na relação jurídica processual, tem por fundamento a concepção filosófica da **racionalidade do outro**, desenvolvida por Enrique Dussel e Emmanuel Lévinas.

A **parcialidade positiva do juiz**, portanto, é fruto de uma racionalidade crítica que visa a romper com a totalidade do sistema vigente, com a clausura e a delimitação da vida a partir da mera conservação do sistema.

O juiz deve reconhecer a exterioridade das vítimas que se apresentam transcendentemente no processo, para o efeito de introduzir no âmbito da relação jurídica processual uma ética material voltada para a produção, a reprodução e o desenvolvimento da vida humana. E, para que isso ocorra, necessita-se que o magistrado liberte-se da dogmática de seu “solipsismo”, de sua “subjetividade individualista e dogmática”, para alcançar o “outro” que se encontra num âmbito transcendental e, assim, confirmar a sua responsabilidade pré-ontológica no campo da relação jurídica processual.

A **parcialidade positiva do juiz** é um princípio consubstanciado na ética material, isto é, no sentido de que o juiz, durante a relação jurídica processual, reconheça as diferenças sociais, econômicas e culturais das partes e pautar sua decisão com base nessas diferenças, humanizando o processo civil ou penal.

Muito embora o postulado de uma nova leitura do princípio da (im)parcialidade do juiz possa dar a impressão de uma mera construção teórica e acadêmica, o certo é que os tribunais, há muito tempo, estão aplicando, mesmo que inconscientemente, o **princípio da parcialidade positiva do juiz**.

A finalidade deste trabalho é justamente reconhecer as decisões judiciais proferidas *con base en la pauta guía de la solidaridad y dimensión social*, em outras palavras, que aplicaram o **princípio da parcialidade positiva do juiz**.

## **I Apresentação dos casos concretos**

### 1º Caso – PRECATÓRIO – STF – Reclamação nº 3.982-0

“Precatório. Sequestro de Verbas Públicas. **Construção fundada no quadro de saúde do interessado. Ausência de indicação de preterição ou quebra de ordem cronológica.** Violação da autoridade da ADI nº 1.662.

1. (...)

2. Por ocasião do julgamento da ADI 1.662 (rel. Min. Mauricio Corrêa), a Corte decidiu que a ausência de previsão orçamentária ou o pagamento irregular de crédito que devesse ser solvido por precatório não se equiparam à quebra de ordem cronológica ou à preterição do direito do credor (art. 100, § 2º, da Constituição).

3. Naquela assentada, a Corte não ponderou acerca **da influência do direito fundamental à saúde e à vida na formação das normas que regem a sistemática de pagamentos de precatórios. Portanto, ordem de bloqueio de verbas públicas, para pagamento de precatório, fundada no quadro de saúde do interessado, não viola a autoridade do acórdão prolatado durante o julgamento da ADI nº 1.662.**”

### 2º Caso – TRABALHADOR RURAL – STJ – Ação Rescisória nº 919

“Ação rescisória. Previdenciário. Aposentadoria por idade. Rurícola. Certidão de casamento. Erro de fato. **Solução *pro misero*.** Pedido procedente.

1. (...)

2. A 3ª Seção deste Superior Tribunal de Justiça tem considerado como erro de fato, a autorizar a procedência da ação rescisória com fundamento no artigo 485, inciso IV, do CPC o erro na valoração da prova, consistente na desconsideração da prova constante dos autos, **dadas as condições desiguais vivenciadas pelo trabalhador rural e adotando-se a solução *pro misero*.**”

### 3º Caso – QUOTAS PARA AFRODESCENDENTES – TRF 4ª Região – Apelação Cível nº 2008.71.00.002134-1/PR

“Trata-se de *writ* proposto objetivando assegurar matrícula na universidade requerida, sob alegação de ser de origem humilde, ter cursado o ensino fundamental em escola pública e, com bolsa integral, cursado o ensino médio em escola particular, tendo deixado de usufruir de seu desempenho no vestibular em razão da cota destinada a alunos oriundos de ensino público.

Deferida parcialmente a liminar e regularmente processado o feito, a sentença foi pela concessão da segurança. Com apelação e contrarrazões, subiram os autos a esta Corte, também por força da remessa obrigatória, tendo sido aviado parecer pela manutenção da ordem concedida.

É o sucinto relatório.

Tendo em vista o volume de demandas que é submetido a este juízo recursal versando sobre tema semelhante ao ora debatido, considerando, também, a reiterada apreciação das mesmas questões controvertidas e a necessidade de agilização jurisdicional na prestação da tutela, a fim de que a mesma seja útil, efetiva e qualificada, e observada, ainda, a consonância dos julgamentos exarados pelo Superior Tribunal de Justiça e por esta Turma Julgadora que, de forma coesa, vêm enfrentando tais temas, com base no art. 557 do CPC, c/c art. 37, § 1º, II, do RI-TRF/4ª Região, **decido.**

A matéria objeto da controvérsia aqui trazida já mereceu análise e julgamento perante esta Casa:

(...) Discutem-se os critérios e a razoabilidade dos percentuais das cotas oferecidas pelo Edital regulamentador do Concurso Vestibular de 2008 da requerida. Assim externei meu ponto de vista, quando da prolação de decisão inicial no AI nº 2008.04.00.015991-7:

Em sede de cognição sumária, saliento que, em feitos análogos, venho entendendo que incumbe às universidades a organização dos cursos superiores, bem como de seus respectivos currículos e programas, vislumbrando-se aí o fundamento legal para o estabelecimento de regras para a organização do seu concurso vestibular e demais formas de ingresso, possuindo elas autonomia administrativa para alterar seu sistema seletivo, modificando critérios a fim de garantir uma igualdade material de condições.

A partir disso, ressalto que não cabe ficar discutindo sobre o acerto ou os reais objetivos dos políticos e governantes ao implantar o sistema de cotas. Como se sabe, a política de reserva de vagas para negros parte da premissa de que é necessária a implantação de uma igualdade material (igualdade de fato) a fim de executar a igualdade formal garantida pela Constituição Federal. **Concluo, então, que os indivíduos oriundos da Instituições de Ensino Público, bem como os afrodescendentes, necessitavam de uma maior proteção, uma vez que os primeiros não estariam em iguais condições aos estudantes do ensino privado, e os segundos são constantemente discriminados.** Assim, aplicou-se a essa situação o princípio da igualdade, o qual consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade, sob a fundamentação de que haveria nesses casos uma justificativa racional para se atribuir um tratamento desigual.

Dessa forma, o processo seletivo da UFSM não importa em 100% das vagas genéricas, mas a oferta de vagas seguirá o padrão de reservas para as categorias definidas na Resolução do Conselho Universitário, ou seja, os candidatos que obtiverem o melhor desempenho, dentro de suas categorias de opção feitas no momento da inscrição, ocuparão as vagas existentes em cada curso até seu limite.

Não vislumbro, portanto, qualquer ilegalidade no procedimento a ser adotado pela Universidade Federal de Santa Maria para o sistema de reserva de vagas, tendo laborado o juiz *a quo* com seu habitual acerto, no entender deste relator.' (D.E. 19.05.08)

Aqui, acolho e transcrevo trecho das bem-lançadas razões trazidas no parecer emitido pelo MPF junto a esta Corte:

– fl. 86-7, Domingos Sávio Dresch da Silveira, Procurador Regional da República, em 27.10.08 – '(...) O sistema de ações afirmativas, adotado pela UFSM, visa beneficiar grupos em situação de desvantagem ou exclusão em virtude de uma condição que de algum modo cause, sob o ponto de vista social, aquela situação de desvantagem ou exclusão. Dito de outro modo, ações afirmativas buscam a realização de igualdade fática ou real entre grupos, a partir de medidas formalmente desiguais.

Em relação às cotas sociais, após várias discussões surgidas em torno da questão, conclui-se ser o seu fundamento o fato de que, no Brasil, na maioria dos casos, o ensino oferecido pelas escolas públicas é substancialmente inferior àquele das escolas particulares. Isso ocorre devido a uma série de fatores, tais como a falta de professores, de livros, estado precário das salas de aula e dos materiais necessários ao ensino, dentre outros. Assim, constatando essa desigualdade existente entre os alunos que estudavam em escola particular e os de escola pública, entendeu-se necessário destinar parte das vagas das Universidades Públicas a estes últimos, a fim de corrigir a desigualdade.

No caso em tela, o impetrante cursou todo o ensino fundamental e médio no Colégio Dom Feliciano, com desconto de 50% (cinquenta por cento) na mensalidade, conforme documentos de fls. 31-32. Ou seja, o apelante não

só teve acesso a um ensino de qualidade durante toda sua vida escolar, como também tinha condições de arcar com parte do pagamento.

Desse modo, percebe-se que Fernando tinha as mesmas possibilidades de obtenção de êxito no concurso vestibular que os demais candidatos, não possuindo os requisitos para concorrer às vagas destinadas ao sistema de cotas.

Quanto às baixas condições de renda de sua família, cabe referir que essa desigualdade social já foi corrigida no momento em que o impetrante estudava em um estabelecimento de qualidade na condição de bolsista. Ou seja, apesar de pertencer a uma classe social baixa, o apelante recebia o mesmo ensino de alunos de classes sociais elevadas, corrigindo, pois, a exclusão tão marcante em nossa sociedade.'

Acrescentem-se à brilhante fundamentação apresentada pelo MPF as razões lançadas na sentença à qual me alinho e incluo como razão de decidir:

'Entendo que a desigualdade social existente entre os alunos oriundos de instituições privadas de ensino e os estudantes egressos de escolas públicas pode ser aferida sob dois aspectos principais: o precário ensino fornecido pela rede pública e a manifesta disparidade econômica presente entre os estudantes pertencentes a cada um dos grupos acima referidos.

Assim, a reserva de cotas para alunos egressos de escolas da rede pública visa, basicamente, a equilibrar a competição no concurso para ingresso no ensino superior (levando-se em consideração a condição mais favorável do aluno oriundo de instituição privada), **bem como a viabilizar o acesso, à graduação, dos menos favorecidos economicamente.**

O edital regular da prova vestibular da UFSM exigia que os candidatos às cotas destinadas a egressos de escolas da rede pública comprovassem ter cursado os ensinos fundamental e médio integralmente em escola pública, ou, pelo período máximo de 1 (um) ano, em escola particular.

O impetrante, conforme se infere dos documentos acostados às fls. 31-32, em grande parte de sua formação escolar frequentou instituição particular de ensino, motivo pelo qual não poderia concorrer pelo sistema afirmativo de cotas no vestibular da UFSM.

Defende que sua condição de hipossuficiência atual autoriza o ingresso no curso pretendido, pois, da mesma forma que o candidato classificado pelo sistema de quotas, encontra-se excluído do acesso à formação universitária.

Entendo, todavia, que a parca condição econômica do impetrante não possui o condão de afastar os critérios meritórios eleitos pela UFSM como indicadores da ação social afirmativa.

Ora, a carência material é um dos critérios norteadores da adoção da política de quotas, contudo, não pode ser dissociada do indicativo de precariedade socioeducacional presente no ensino fornecido pela rede pública, que o programa de afirmação social em pauta busca mitigar.

No caso, a despeito da carência material, não vislumbro indevida vantagem daqueles candidatos aprovados segundo o Programa de Ações Afirmativas de Inclusão Racial e Social da referida autarquia, pois, inegavelmente, da mesma forma que os demais alunos egressos de escolas particulares, o impetrante teve acesso a uma formação escolar de melhor qualidade, o que lhe confere condições mais favoráveis para alcançar graduação universitária exclusivamente por critérios meritórios próprios.

Dito isso, percebe-se que a situação fática narrada nestes autos não está teleologicamente em consonância com a finalidade que motivou a instituição do sistema de cotas na UFSM, qual seja, erradicar as

desigualdades sociais e étnico-raciais.' Simone Barbisan Fortes, Juíza Federal, em 30.04.2008. (TRF 4ª R., 4ª T., AC nº 2008.71.02.001325-8/RS, julgamento unânime em 03.12.08, Rel. Edgard Lippmann Jr.)

Assim, após tão esclarecedores argumentos sobre o assunto, tenho que é de ser reformada a sentença, na forma da fundamentação.

Diante do exposto, dou provimento à apelação e à remessa oficial.”

#### **4º Caso – T.R.P. – STF – HC 94916**

##### **“HC94916/RS – RIO GRANDE DO SUL**

**Relator(a): Min. EROS GRAU**

**Julgamento: 30.09.2008– Órgão Julgador:Segunda Turma**

**Publicação** DJe-236 DIVULG 11.12.2008 PUBLIC 12.12.2008  
EMENT VOL-02345-02 PP-00243

#### **Parte(s)**

PACTE(S): TATIANA ROSA PRETTO

IMPTE(S): KATIUSCIA MACHADO DA SILVA

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONTROVÉRSIA A RESPEITO DA POSSIBILIDADE DE LIBERDADE PROVISÓRIA. IRRELEVÂNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CAUTELAR. VINGANÇA. A SUBMISSÃO DA PACIENTE AO CÁRCERE É INCOMPATÍVEL COM O DIREITO, AINDA QUE SE POSSA TER COMO ADEQUADO À REGRA. MANTER PRESA EM CONDIÇÕES INTOLERÁVEIS UMA PESSOA DOENTE NÃO RESTABELECE A ORDEM, ALÉM DE NADA REPARAR. SITUAÇÃO PECULIAR A CONFIGURAR EXCEÇÃO. EXCEÇÃO CAPTURADA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Controvérsia a propósito da possibilidade, ou não, de concessão de liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes. Irrelevância para o caso concreto, em face da sua peculiaridade.

2. Paciente primária, de bons antecedentes, com emprego e residência fixos, flagrada com pequena quantidade de maconha quando visitava o marido na penitenciária. Liberdade provisória deferida pelo Juiz da causa, posteriormente cassada pelo Tribunal de Justiça local. Mandado de prisão expedido há cinco anos, não cumprido devido a irregularidade no cadastramento do endereço da paciente. Superveniência de doença contagiosa [AIDS], acarretando outros males. Intenção, da paciente, de entregar-se à autoridade policial. Entrega não concretizada ante o medo de morrer no presídio, deixando desamparada a filha menor.

3. Dizer ‘peculiaridade do caso concreto’ é dizer exceção. Exceção que se impõe seja capturada pelo ordenamento jurídico, mesmo porque a afirmação da dignidade da pessoa humana acode à paciente.

4. A transgressão à lei é punida de modo que a lei [= o direito] seja restabelecida. Nesse sentido, a condenação restabelece o direito, restabelece a ordem, além de pretender reparar o dano sofrido pela vítima. A prisão preventiva antecipa o restabelecimento a longo termo do direito; promove imediatamente a ordem. Mas apenas imediatamente, já que haverá sempre o risco, em qualquer processo, de ao final verificar-se que o imediato restabelecimento da ordem transgrediu a própria ordem, porque não era devido.

5. A justiça produzida pelo Estado moderno condena para restabelecer o direito que ele mesmo põe, para restabelecer a ordem, pretendendo reparar os danos sofridos pela vítima. Mas a vítima no caso dos autos não é identificada. É a própria sociedade, beneficiária de vingança que como

que a pacífica, em face, talvez, da frustração que resulta de sua incapacidade de punir os grandes impostores. De vingança se trata, pois é certo que manter presa em condições intoleráveis uma pessoa doente não restabelece a ordem, além de nada reparar. A paciente apresenta estado de saúde debilitado e dela depende, inclusive economicamente, uma filha. Submetê-la ao cárcere, isso é incompatível com o direito, ainda que se possa ter como adequado à regra. Daí que a captura da exceção se impõe. Ordem deferida, a fim de que a paciente permaneça em liberdade até o trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória.”

Voto do Relator Min. Eros Grau:

“A paciente foi presa em flagrante e denunciada como incurso nos artigos 12 e 18 da Lei nº 6368/76, por fato praticado, em tese, no dia 6 (seis) de julho de 2002, no interior da Penitenciária Modulada de Charqueadas.

Em 10 (dez) de julho de 2002, a paciente obteve o benefício da liberdade provisória. Entretanto, a Egrégia 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul cassou a decisão que deferiu a liberdade provisória, determinando a expedição de mandado de prisão.

A defesa impetrou *habeas corpus* no intuito de obter o benefício da liberdade provisória.

Segundo consta dos autos, o mandado prisional ainda não foi cumprido, pois a paciente tem ‘medo de ser presa e de morrer, deixando sua filha desamparada, bem como morrer sem assistência no cárcere’.

Em princípio, o crime de tráfico, qualificado como hediondo, não comporta liberdade provisória.

No entanto, os documentos constantes dos autos comprovam **algumas peculiaridades que justificam o abrandamento dessa regra.**

**É que a paciente é portadora do vírus HIV, o que lhe acarretou doenças como Hepatite C e câncer na medula. Tem uma filha pequena que precisa de seus cuidados...**

Assim, considerando as peculiaridades do caso concreto, que autorizam o abrandamento do rigor com que se vem aplicando a regra que impõe a prisão dos acusados por crime definido como hediondo, manifesta-se o Ministério Público Federal pela concessão da ordem.

Dizer ‘peculiaridades do caso concreto’ é dizer **exceção**. Exceção que se impõe **seja capturada pelo ordenamento jurídico, mesmo porque, no caso, a afirmação da dignidade da pessoa humana acode a paciente...**

A regra diz ser incabível a liberdade provisória em caso de prisão em flagrante por tráfico ilícito de entorpecentes. Daí que, nos seus termos, a prisão preventiva da paciente dela necessariamente decorreria. No caso, contudo, **a exceção afasta a regra.**

A exceção é o caso que não cabe no âmbito da normalidade abrangido pela norma geral. A norma geral deixaria de sê-lo (= deixaria de ser geral) se a contemplasse. Da exceção não se encontra alusão no discurso da ordem jurídica vigente. Define-se como tal justamente por não ter sido descrita nos textos escritos que compõem essa ordem. É como se nesses textos de direito positivo não existissem palavras que tornassem viável a sua descrição – daí dizemos que a exceção está no direito, ainda que não se encontre nos textos normativos de direito positivo... Daí que ao Judiciário, sempre que necessário, incumbe decidir regulando também essas situações de exceção...”

**5º Caso – ERICH HONECHER**



***"Eric Honecker, the son of a miner, was born in Neunkirchen, Germany, in 1912. He joined the German Communist Party and was active in the resistance movement against Adolf Hitler. Honecker was arrested in 1935 and remained in prison until the end of the Second World War.***

*Honecker joined the Socialist Unity Party and was elected to the parliament of **German Democratic Republic** (East Germany) in 1949. A member of politburo, he oversaw the building of the **Berlin Wall** in August, 1961.*

***Walter Ulbricht*** retired in 1971 and Honecker replaced him as General Secretary of the Socialist Unity Party and continued the policy of working closely with **Willy Brandt** and his policy of **Ostpolitik** (reconciliation between eastern and western Europe).

*After the collapse of communism in 1989, Honecker was forced to resign from office. The following year he was arrested and charged with treason, corruption and abuse of power.*

*In 1993 the courts decided that Honecker was too ill to stand trial. He was allowed to retire to Chile, where he died in 1994."*

"No dia 13.01.1993, o ex-chefe de Estado e de Partido da antiga Alemanha Oriental, Erich Honecker, deixou a prisão preventiva. Por motivos de saúde, havia sido arquivado o processo contra Honecker, de 80 anos, acusado da morte ocorrida junto ao Muro de Berlim."

## **II – Análise dos casos concretos sob a ótica do princípio da parcialidade positiva do juiz**

Os casos apresentados, quatro nacionais e um internacional, sob o aspecto filosófico, rompem em definitivo com os princípios de constituição da autonomia da ciência jurídica, pois apresentam uma solução que insere no âmbito da hermenêutica jurídica fatores que estão à margem da dogmática jurídica e que preconizam uma efetiva relação interdisciplinar na construção de solução do caso concreto.

No primeiro caso – RECLAMAÇÃO 3.982-0 –, o Supremo Tribunal Federal, abandonando a regra Constitucional (art. 100, § 3º, da CF) que apenas permite o sequestro ou o bloqueio de verbas públicas no caso de quebra na ordem cronológica de precatórios, autorizou esse sequestro apesar de não existirem os requisitos previstos no texto constitucional.

O fator preponderante (extrajurídico) para determinar o bloqueio de verba pública, apesar de não existir quebra da ordem cronológica de precatório, repousa no fato da **idade da parte requerente**, bem como em razão de ser ela **portadora de neoplasia maligna de laringe**. Afirmou o Ministro Joaquim Barbosa em seu voto:

"Em nenhum momento os textos impugnados fizeram menção ao quadro de saúde do credor, para torná-lo critério na composição de hipótese de sequestro de verbas públicas. Se a Corte nada ponderou acerca do direito fundamental à saúde na formação das normas que estruturam a forma de pagamento de precatórios, é inequívoco que tais razões (inexistentes) não podem transcender para alcançar outras instâncias de exames judiciais. Relembro que a Corte apreciou questão semelhante, por ocasião do julgamento da Rcl 3.034-AgR (rel. min. Sepúlveda Pertence; Pleno, DJ de 27.10.2006). Dois foram os argumentos examinados pela Corte naquela oportunidade. O primeiro, apresentado pelo eminente ministro-relator, Sepúlveda Pertence, não é aplicável ao caso em exame, pois foi no sentido do reconhecimento da falta de identidade entre o ato reclamado, praticado no âmbito da Justiça Estadual, e a norma que foi objeto de controle na ADI 1.662, aplicável no âmbito da Justiça Trabalhista. **O segundo argumento, suscitado pelo Ministro Eros Grau,**

**reconheceu que o quadro fático definido pela condição de saúde do interessado levava a estado de exceção..."**

No segundo caso – AÇÃO RESCISÓRIA Nº 919 –, o Superior Tribunal de Justiça, abandonando a regra processual de critérios sobre a prova no processo, julga procedente o pedido formulado na rescisória, com base em critérios não previstos no Código de Processo Civil. Nesse julgamento, o Superior Tribunal de Justiça adota a denominada solução *pro misero*, isto é, profere o julgamento com base na análise da prova em favor daquele que apresenta condições socioeconômicas perfeitamente diferenciadas no âmbito da relação jurídica processual.

No terceiro caso – APELAÇÃO CÍVEL Nº 2008.71.00.002134-1 –, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, abandonando a regra constitucional de que todos são iguais perante a lei, apesar de julgar improcedente o pedido em favor da parte-autora, fundamenta a existência e a legitimidade das quotas para afrodescendentes nas universidades com base em critérios existentes nas ciências humanas afins.

No aludido julgamento, a fundamentação e a legitimidade da diversidade de tratamento amparam-se nos aspectos econômicos, sociais e raciais.

No quarto caso – HC 94916 –, o Supremo Tribunal Federal, abandonando a regra jurídica que impede a concessão de liberdade provisória diante de crimes hediondos (tráfico ilícito de entorpecentes), concede a liberdade à acusada desse tipo de infração penal.

O fator preponderante (extrajurídico) para a concessão da liberdade provisória à acusada de tráfico de entorpecente repousa em suas circunstâncias pessoais, ou seja, ser ela portadora de vírus **HIV, hepatite C e câncer na medula**.

No quinto e mais intrigante dos casos, a Corte Constitucional Alemã, ao invés de realizar a concreção do ordenamento jurídico mediante o exercício da atividade jurisdicional penal, resolve extinguir o processo criminal iniciado contra Erich Honecher, por fatores não previstos no âmbito da ciência jurídica criminal.

A Corte Constitucional Alemã deixa de julgar o ex-presidente da Alemanha Oriental pelo crime praticado contra aqueles que tentaram ultrapassar o muro de Berlim, determinando que os soldados atirassem contra essas pessoas, sob a alegação de que sua idade, aproximadamente 80 anos, bem como o seu estado de saúde (câncer terminal), não justificava a continuidade do julgamento, pois nenhuma pena humana poderia ser pior do que aquela estipulada pela própria natureza humana, a morte.

### **III A insuficiência da dogmática jurídica para a solução dos casos concretos**

A incursão nos mecanismos de interpretação e aplicação do direito apontados nos casos concretos acima indicados decorre da própria incapacidade da dogmática jurídica para encontrar soluções que possam compatibilizar-se com a realidade social, econômica, cultural, patológica e racial de um dado sistema normativo.

A dogmática jurídica, consistente na atividade reflexiva sobre um dado objeto, no caso o Direito positivo, e numa atividade lógico-formal dedutiva, bem como preocupada em organizar o sistema normativo, tem tido incomensuráveis problemas quando da concretude realista do direito na ordem social, econômica e cultural.

A dogmática jurídica é incapaz de oferecer pautas de atuações diante da complexidade das sociedades modernas.

Romper com essa racionalidade intrassistêmica jurídico-formal é ampliar a interpretação e a aplicação do direito a outros subsistemas, permitindo-se um acoplamento estrutural importante e consistente, sem que com isso se rompa com a autopoiese do subsistema jurídico.

Proclamar a necessidade de se levar em consideração na concretização do ordenamento jurídico as previsíveis consequências sociais, econômicas, culturais, patológicas e raciais significa mais que uma pauta de reivindicação; passa a ser uma necessidade premente de legitimação de eficácia da ciência jurídica.

A dogmática jurídica não pode mais permanecer enclausurada num mundo à parte da economia, da sociologia, da psicologia e de todas as demais ciências humanas que compõem o universo do saber.

A interligação ou interdisciplinaridade é que deve prevalecer na concretização da ordem jurídica.

Daí porque a importância da inserção da análise filosófica na resolução dos casos jurídicos, sem que isso signifique romper com a autopoiese do subsistema jurídico.

A análise filosófica das soluções apresentadas pelos tribunais aos casos concretos nasce como uma das implicações da filosofia em outras ciências, como, por exemplo, a psicologia e a sociologia.

Contudo, observa-se que em nenhum desses campos tiveram tanto êxito as implicações filosóficas quanto no âmbito da ciência jurídica.

Daí porque se deve olhar a solução do caso concreto para além dos limites da ciência jurídica, pois somente dessa maneira poder-se-á localizar os reais e efetivos fundamentos jurídicos e extrajurídicos que conduziram à solução do caso concreto e à concepção filosófica da justiça da decisão.

O primeiro aspecto importante na análise filosófica das decisões acima referidas é sua repercussão em relação aos agentes sociais envolvidos na questão controvertida. Há nessas demandas a presença de importantes segmentos de estruturação da sociedade brasileira: o pobre, o afrodescendente, o mísero, o doente. Há variáveis subjetivas no âmbito da relação jurídica processual e que de alguma forma influenciam a solução do caso concreto.

Além da variável subjetiva, encontram-se também presentes variáveis de ordem objetiva, tanto de aplicação jurídica (normatização prevista pela ciência jurídica) como também de ordem filosófica (efetivo reconhecimento das diferenças sociais, econômicas, culturais, raciais, patológicas etc). Todas essas variáveis estão interligadas e são fontes de definição do caso concreto.

A solução visualizada nas decisões transita por todas essas variáveis, justificando uma nova ordem filosófica para a fundamentação da solução justa do caso concreto.

Constata-se que a solução proposta pelos tribunais não está adstrita ou delimitada apenas aos critérios exclusivamente jurídicos, mas de humanização do processo, mediante a incidência de uma filosofia ética de concretude da vida humana.

#### **IV Concretude da vida humana como fundamento da análise filosófica da justiça da decisão**

Em todas as decisões citadas, os critérios apontados pelos votos condutores da solução do caso concreto estão diretamente ligados às diferenças sociais, econômicas, culturais, raciais, patológicas das pessoas que participam da relação jurídica processual, mais precisamente: patológico – **HIV, câncer, hepatite C**; social – **miserável, pobre**; racial – **afrodescendente**.

A ênfase dada pelos tribunais para a justa solução do caso concreto está circunscrita aos aspectos humanísticos e ético-filosóficos, seja do magistrado que conduziu o julgamento, seja pelo reconhecimento desses aspectos em relação às pessoas que compõem a relação jurídica processual.

Rompe-se com a perspectiva meramente formal da justiça da decisão, pois a concretude da vida humana passa a ser o fundamento legitimador da decisão judicial.

Mesmo que os próprios tribunais não percebam, as decisões acima referidas conduzem para uma efetiva quebra de paradigmas filosóficos quanto à justiça da decisão.

Por meio da inserção de uma ética da libertação na relação jurídica processual civil ou penal, justifica-se o reconhecimento da **exterioridade do outro** como razão de ser da atividade jurisdicional.

Observa-se um “ativismo judicial” voltado para a “alteridade do ‘Outro’”, mediante o reconhecimento das vítimas socioeconômico-culturais que eventualmente possam fazer parte da relação jurídica processual.

Percorre-se um caminho diametralmente oposto daquele traçado por Elio Fazzalari, quando, ao analisar a questão da imparcialidade do juiz, peremptoriamente afirmou que ele não pode, na relação jurídica processual, reconhecer o “outro”, reconhecer a debilidade econômica, cultural, social ou mesmo psicológica do “outro”, pois se assim proceder poderá produzir possíveis decisões iníquas.(5)

Apesar da admiração e do respeito que se deve ter pelo trabalho intelectual do eminente processualista italiano, não se pode deixar de considerar que sua visão está inserida na totalidade racional da Europa continental, o que favorece a postulação de um juiz totalmente divorciado da análise pragmática das necessidades e das precariedades humanas, e a perspectiva de uma leitura da imparcialidade apenas no âmbito abstrato e meramente formal.

Realçando-se as particularidades da periferia do mundo, especialmente as desigualdades materiais da América Latina, não se pode permanecer numa visão meramente formal e abstrata da imparcialidade do juiz. Diante desses aspectos materiais, há necessidade de se reconhecer a “alteridade do Outro” como fizeram os precedentes acima citados.(6)

Parte-se de um pressuposto ético de que “[...] o fundamento do direito consiste numa especificação da racionalidade enquanto exterioridade”.(7)

A ética, como ciência normativa da conduta humana, é, portanto, o pressuposto fundante da “parcialidade positiva” encontrada nas decisões acima aludidas, uma vez que essa ciência comportamental não se satisfaz com a mera descrição da conduta do ser humano. Usualmente, aspira-se que o comportamento humano siga determinadas diretrizes consideradas necessárias ao seu aperfeiçoamento.

É na ética como ciência normativa que se irá estabelecer uma nova leitura para a (im)parcialidade do juiz, para justificar um comportamento que leve em consideração as **diferenças sociais, econômicas, culturais** daqueles que participam da relação jurídica processual civil ou penal.

Buscam-se para isso subsídios categóricos na filosofia da libertação, para quem

“(...) o ser é o Outro, o simplesmente Outro, o absolutamente Outro em contraposição com o eu egoístico da subjetividade moderna europeia. Assim a América Latina é o Outro em relação ao centro (Europa – Estados Unidos – Rússia), assim como o é todo o Terceiro Mundo em relação ao Primeiro. A América Latina é tomada como um ser na sua globalidade, mas como um ser negado, historicamente negado; atualmente negado.”(8)

Não se trata, portanto, de uma ética regional, helenocentrista, egoísta e subjetivista, mas de uma ética de caráter universal, mais radical, que ultrapassa as denominadas éticas materiais regionais, que se baseiam

exclusivamente numa totalidade dominadora, sem reconhecer a exterioridade das vítimas desse sistema totalizador.

Transportando-se essa crítica filosófica para o processo jurisdicional, recomenda-se uma conduta ética universal do juiz na relação jurídica processual de maneira que tal conduta reconheça as necessidades das vítimas de um sistema totalizador e que, a partir dessas vítimas, possa promover um equacionamento racional visando a um processo justo e ético.(9)

E essa ética de caráter universal somente pode decorrer, conforme afirma o filósofo argentino radicado no México Enrique Dussel, da constatação antropológica de que o ser humano é o único ser vivente responsável pela sua própria vida e da “(...) *obligación universal de producir, reproducir y desarrollar la vida humana concreta de cada sujeto ético en comunidad*”. (10) Esse princípio caracteriza-se por ser um princípio *a priori* universal e também fundamental, ainda que não suficiente para a construção de uma ética da libertação, isto é, “(...) *de una ética que intenta justificar filosóficamente las luchas de los oprimidos*”.(11)

É na produção, na reprodução e no desenvolvimento da vida humana que Enrique Dussel estabelecerá o fundamento material de sua ética filosófica da vida. A vida humana, portanto, é o conteúdo específico da ética.(12)

Trata-se de um critério que tem por objeto produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta de cada sujeito ético em comunidade. Para Enrique Dussel, esse critério serve de fundamentação a um princípio que, por sua vez, terá pretensão de universalidade, realizando-se por meio das culturas e dos valores a serem perseguidos.(13)

Em razão desse princípio ético material, “(...) toda norma, ação, microestrutura, instituição ou eticidade cultural tem sempre e necessariamente como conteúdo último algum momento da produção, da reprodução e do desenvolvimento da vida humana em concreto”.(14)

A ética da concreção é a ética moderna, isto é: “A ética do nosso tempo é uma ética existencial, que põe acima de tudo a pessoa humana, não como abstração, à maneira de Boécio, mas como uma concreção vital, como valor fonte dos demais valores”.(15)

É com base no critério material (vida humana concreta) que se devem subsumir os outros aspectos materiais (como os valores, a lógica das pulsões etc). Esse critério material igualmente permite fundamentar ou desenvolver um princípio ético universal, supracultural.(16)

Esse critério de produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana não é algo a ser imputado à consciência humana, a um certo “consciencialismo” moderno que faz perder o sentido da corporalidade orgânica da existência ética.(17)

Se a espécie humana está formatada neurocerebralmente para a preservação e o desenvolvimento da vida humana, tal critério não é diferente nas relações sociais, como é o caso do direito e do processo, razão pela qual a atuação do juiz deverá ser guiada por esse “critério de verdade” prática.(18)

Esse critério material sobre o qual se funda a ética, produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana, é universal, não solipsista, mas comunitário. Diz respeito a uma comunidade de vida.

Se a humanidade perdesse essa consciência do Outro, diante de sua miséria, de sua impotência social, econômica e cultural, poderia precipitar-se num suicídio coletivo.(19)

O reconhecimento do Outro como forma de produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana transforma-se de um critério de verdade prática numa exigência ética: no dever-reconhecer.(20)

O Poder Judiciário, como instrumento dessa ética existencial, pois é uma instituição que também atua mediante princípios éticos, deve pautar sua ação prática racional, no momento de realizar sua atividade básica e essencial, segundo o princípio material universal de produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana. Para tanto, deve (princípio ético) reconhecer as desigualdades sociais, econômicas e culturais que possam existir no âmbito da relação jurídica processual. Em outras palavras, deve reconhecer o “outro” como vítima potencial de um sistema totalizado.

Essa ética filosófica está expressamente consignada e fundamentada no próprio texto constitucional brasileiro, quando afirma, em seu art. 1º, que a República Federativa do Brasil, da qual faz parte o Poder Judiciário, constitui-se em um Estado Democrático de Direito e tem como fundamento a **dignidade da pessoa humana**, ou seja, a produção, a reprodução e o desenvolvimento da vida humana.

Por sua vez, em seu art. 3º, a Constituição Federal estabelece que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a **construção de uma sociedade livre, justa e solidária, mediante a erradicação da pobreza e da marginalização, conjugando esforços no sentido de reduzir as desigualdades sociais e regionais**. Em outras palavras, a Constituição Federal exige uma ética universal material no sentido de que os órgãos e instituições da República Federativa do Brasil ajam de forma a produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana.

Por tudo isso:

“(...) propomos a seguinte descrição inicial do que chamaremos princípio material universal da ética, princípio da corporalidade como ‘sensibilidade’ que contém a ordem pulsional, cultural-valorativa (hermenêutica-simbólica), de toda norma, ato, microfísica estrutural, instituição ou sistema de eticidade, a partir do critério da vida humana em geral: aquele que atua eticamente deve (como obrigação) produzir, reproduzir e desenvolver autorresponsavelmente a vida concreta de cada sujeito humano, numa comunidade de vida, a partir de uma ‘vida boa’ cultural e histórica (seu modo de conceber a felicidade, com uma certa referência aos valores e a uma maneira fundamental de compreender o ser como dever-ser, por isso também, com pretensão de retidão) que se compartilha pulsional e solidariamente, tendo como referência última toda a humanidade, isto é, é um enunciado normativo com pretensão de verdade prática e, além disso, com pretensão de universalidade”.(21)

Mas, diante das desigualdades sociais, econômicas e culturais, somente se pode postular um critério/princípio da produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana no âmbito processual, sob um aspecto material positivo, desde que se perceba o surgimento do “rosto” que se destaca na ordem social vigente e que representa as vítimas não intencionais ou mesmo intencionais de um determinado sistema totalizado e, por que não dizer, globalizado. Isto é, “(...) o rosto sensível do outro homem, que tem fome e sangue, encontra-se para além do sistema onde o ser é o pensar (...). O ‘tu’, outro homem, é exterior ao âmbito ser-pensar (...)”.(22)

Enrique Dussel, voltado para a efetiva existência de vítima de um determinado sistema, reporta-se, a partir dessa vítima, à verdade do sistema totalizador que começa a ser descoberta como não verdade, ao válido como não válido e ao factível como não eficaz. A construção temática passa do âmbito da positividade para a negatividade da existência de vítima.

A ética propriamente dita é a que a partir das vítimas pode julgar criticamente a “totalidade” de um sistema de eticidade. A partir das vítimas possa julgar e pôr em dúvida a verdade e a legitimidade da concepção ontológica da imparcialidade do juiz.

É a partir da exterioridade de uma dada totalidade, em que se situam as vítimas, que se estabelece uma consciência crítica do sistema de eticidade

dado. As vítimas "(...) são reconhecidas como sujeitos éticos, como seres humanos que não podem reproduzir ou desenvolver sua vida, que foram excluídos da participação na discussão (...)".(23) No sistema de eticidade "o bem" inverte-se no "mal" e causa dor, sofrimento, infelicidade ou a própria morte das vítimas.

É na Alteridade do Outro "como outro" que o sistema ético crítico se impõe. É a alteridade da vítima como oprimida (classe) ou como excluída (pobre). É o descobrimento do "outro" que se encontra encoberto pelo mito da Modernidade. Trata-se de uma ética que demonstra o terror de uma razão fechada na Totalidade, entre outras, a razão da Modernidade.

O "Outro" interpela-nos como vítima, como pobre, como oprimido, não como o "Senhor". A vontade é livre para assumir essa responsabilidade no sentido que queira, mas não é livre para recusar essa responsabilidade em si mesma.

## **V O processo como instrumento de solidariedade humana – a humanização do processo civil ou penal**

Diante das perspectivas filosóficas aviventadas na análise dos casos precedentes, a humanização do juiz e, principalmente, do processo passa a ser o fio condutor dessa nova linha de fundamento de decisão.

Para se romper com as barreiras externas que põem em dúvida a factibilidade (pragmática) dos resultados conseguidos com a decisão que é proferida na relação jurídica processual civil ou penal, exigem-se medidas que permitam suplantar os fatores socioeconômicos que interferem na realização de um processo justo e equo.

As questões prioritárias (nucleares) que capturam a atenção dos estudiosos neste momento, e que possivelmente dominarão todo o horizonte processual constitucional do Século XXI, circulam por uma ampla faixa geral e comum a todos os países e se desdobram em um elenco integrado por:

*"– privilegiar su rol instrumental – de servicio – en el núcleo de la persona (principal referencia del Derecho), con base en la pauta guía de la solidaridad y dimensión social; la meta del debido proceso adjetivo, el desemboque real, es un fallo justo que en verdad solucione o disuelva los conflictos, que brinde una tutela efectiva, facilitando la realización del derecho material; – dar prioridad a los valores; en la cumbre, la dignidad de la persona, pero también en las sociedades de masas y en la escala de los conflictos coexistenciales, preservar la paz jurídica; – reconocer que el hallazgo inteligente de las respuestas será la conclusión de un método interdisciplinario; en donde cada especialización arrime su verdad, su técnica, sumándose al esfuerzo común. – El juez debe saber sumar a su función normal – la de dar con sus sentencias soluciones jurídicas – la creativa del derecho aplicable al caso, la de un activismo protagónico y una presencia y dirección inteligentes."(24)*

A incansável luta para se derrubarem e ultrapassarem os obstáculos e as barreiras, tanto as do interior do processo em si (em particular a idealização abstrata do processo como realização suficiente e cabal do direito de defesa em juízo e a demora e ineficácia de suas decisões) como as exógenas demonstradas por tantas circunstâncias sociológicas debilitadoras (pobreza, linguagem, desinformação, discriminações), conduz a uma nova perspectiva de processo justo: "(...), como resultante de los ajustes interiores y del paulatino e intenso derrocamiento de las vallas que, desde afuera de los tribunales, impiden el acceso a jurisdicción". Essa perspectiva de um "processo justo" também é representada pela dimensão social de um processo, caracterizado por um aspecto mais humano e solidário, bem como pelo trânsito de uma justiça ortodoxamente "liberal" para aquela que incorpora em suas vivências "(...) las exigencias del estado social de derecho, en el pivote de una clara relevancia del solidarismo (la justicia con un rostro más humano)".(25)

São mudanças importantes e adequadas para um perfeito funcionamento do processo no limiar do Século XXI, isto é:

*“(...) la garantización de una aparente igualdad de armas a la destrucción de las barreras que impiden – en los hechos – asegurar la igualdad real, consagrando la desprotección del débil, carenciado o sin capacidad económica de similar nivel, para equiparlos a la del dominante, lo que en la praxis equivale a verdadera privación de justicia; al mismo tiempo, un retorno a la personalización, a la debida consideración central de la persona, también, como sujeto del proceso o de sus alternativas integradoras (...); la constante y preferente atención en el hombre que está envuelto en el conflicto que dio origen a la controversia, y que aguarda la solución de éstos, sus problemas, que son los referentes del derecho y, también, del proceso; el franco reconocimiento de que el proceso es una institución social; los intereses que en él se hallan en juego trascienden los de las partes; humanizar el proceso es personalizarlo; al cabo socializarlo con los aires no egoístas de la solidaridad.”(26)*

Na verdade, a injustiça percorre todo o organismo social e solta suas raízes onde encontra um terreno propício. A fonte de injustiça está num sistema que reproduz em todos os níveis o abuso sem distinção de classe. Deve-se cada vez mais sustentar e com rigor a aspiração ética e intelectual que, por detrás de qualquer investigação teórica, conserva intacta sua razão de ser: *“(...) la necesidad de eliminar la explotación económica y los abusos y discriminaciones sociales.”(27)*

É por isso que se exige para a solução dos conflitos urgentes mudanças fundamentais, que vão mais além do que atualmente se vem oferecendo, a fim de que a jurisdição seja uma atividade efetivamente igualitária, solidária e humana.

E os exemplo paradigmáticos da humanização e da solidariedade introduzidas no âmbito da relação processual, conforme indicados nos precedentes acima, sugerem uma nova formação filosófica do magistrado, formação que, por meio de uma “parcialidade positiva”, perceba fatores individuais e pessoais da parte para concluir a prestação jurisdicional.

O justo processo reclama, como bem acentuou Alfredo Greco, um sopro de vida no corpo inanimado da atividade jurisdicional, mediante a observância dos princípios constitucionais e dos valores internos e externos ao sistema jurídico, a fim de que sejam não apenas formalmente vivenciados, mas, principalmente, materialmente garantidos.

Esse sopro de vida na razão de ser do processo deve concretizar-se por meio do princípio da **“parcialidade positiva” do juiz**, que irá humanizar a relação jurídica processual civil ou penal, nos termos da concepção filosófica da “racionalidade do outro”, restabelecendo as garantias materiais e substanciais dos princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição.

## **Bibliografia**

BARCELLONA, Pietro; HART, Dieter; MÜCKENBERGER, Ulrich. **La formación del jurista**: capitalismo monopolístico y cultura jurídica. Madrid: Civitas, 1993.

COROMINAS, Jordi. **Ética primera**: Aportación de X. Zubiri al debate ético contemporáneo. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. 2. ed. Trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Filosofia da libertação**: crítica à ideologia da exclusão. 2. ed. São Paulo: Paulus, 1995.



\_\_\_\_\_. **Método para uma filosofia da libertação**: superação analética da dialética hegeliana. São Paulo: Loyola, 1986.

FAZZALARI, Elio. La imparzialità del giudice. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova: Cedam, n. 2.

LUDWIG, Celso Luiz. **Formas da razão**: racionalidade jurídica e fundamentação do direito. Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1997.

MORELLO, Augusto. **El proceso justo**. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1994.

REALE, Miguel. A ética do juiz na cultura contemporânea. In: NALINI, José Renato (coord.). **Uma nova ética para o juiz**. São Paulo: RT, 1994.

ZIMMERMANN, Roque. **América Latina**: o não ser. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

### Notas

1. MORELLO, Augusto. **El proceso justo**. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1994. p. 625-626.

2. Ibidem, p. 234.

3. Ibidem, p. 306.

4. Ibidem, p. 346.

5. *“Potrebbe sembrare al profano o all’osservatore superficiale che al giudice incomba almeno di sopperire alla debolezza del non abbiente. Ma non è così. La Carta fondamentale è chiarissima nel volere che a quel cittadino siano forniti, mediante appositi istituti, mezzi d’assistenza per agire e difendersi in giudizio; ma, proprio per questo, essa non consente che, in difetto di mezzi e permanendo l’inadempimento costituzionale dello Stato, il giudice manifesti una qualsiasi parzialità nei confronti del non abbiente: secondo la Costituzione questi deve comparire davanti a lui già munito dell’usbergo che lo metta al sicuro dalla sua stessa debolezza e che renda omnimamente superflui poteri, per così dire suppletori, del giudice in di lui vantaggio.*

(...)

*Chè, se invece la norma sostanziale non contempli o non supplisca a quella debolezza, il giudice non può, in sede di giudizio di diritto, abbandonarsi al dubbio o cedere alla tentazione di scegliere, come metro di giudizio, un altro valore (o, più semplicemente, la propria personale valutazione); nè può travisare quella norma. (...)*” (FAZZALARI, Elio. La imparzialità del giudice. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova: Cedam, n. 2, p. 197-199)

6. *“La alteridad para E. Levinas no es un concepto abstracto, sino un momento estructural del sentir humano. El yo y la libertad se alzan en esta específica sensibilidad humana por la que el otro es otro antes que concepto. La noción idealista de sujeto sólo es posible desconociendo que ‘el mundo sensible desborda la libertad de la representación’. El rostro, el cara-cara son expresiones plásticas de una alteridad insalvable e irreductible del sentir humano. Esta alteridad es precisamente el fundamento de la ética.”* (COROMINAS, Jordi. **Ética primera**: aportación de X. Zubiri al debate ético contemporáneo. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000. p. 92).

7. LUDWIG, Celso Luiz. **Formas da razão**: racionalidade jurídica e fundamentação do direito. Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor

de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1997, p. 208.

8. ZIMMERMANN, Roque. **América Latina**: o não ser. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 44.

9. O conteúdo material também faz parte do pensamento de Pietro Barcellona, nos seguintes termos: *“Bastaría con que el jurista se limitase a salir del círculo mágico de sus fórmulas abstractas, del cerrado horizonte de las normas, y afrontase directamente el problema de los contenidos materiales de la justicia. Pero actuando de esta forma, está claro, debería renunciar a la aparente esterilidad axiológica de sus construcciones, a la indiferencia ante los valores, a la neutralidad frente a los conflictos. Debería sumergirse en la política, en la ética, en la práctica”* (BARCELLONA, Pietro; HART, Dieter; MÜCKENBERGER, Ulrich. **La formación del jurista**: capitalismo monopolístico y cultura jurídica. Madrid: Civitas, 1993. p. 44).

10. COROMINAS, J., Op. Cit., p. 74.

11. Ibidem. Loc. Cit.

12. “(...) O ser humano acede à realidade que enfrenta dia a dia a partir do âmbito de sua própria vida. A vida humana não é um fim nem um mero horizonte mundano-ontológico. A vida humana é o **modo de realidade do sujeito ético** (que não é o de uma pedra, de um animal irracional ou da ‘alma’ angélica de Descartes), que dá o conteúdo a todas as suas ações, que determina a ordem racional e também o nível das necessidades, pulsões e desejos, que constitui o marco dentro do qual se fixam fins. Os ‘fins’ (relativamente à razão instrumental formal weberiana) são ‘colocados’ a partir das exigências da vida humana.” (DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. 2. ed. Trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 131)

13. Ibidem, p. 93.

14. Ibidem. Loc. Cit.

15. REALE, Miguel. A ética do juiz na cultura contemporânea. In: NALINI, José Renato (coord.). **Uma nova ética para o juiz**. São Paulo: RT, 1994. p. 146.

16. “De fato, não há ‘um horizonte último comum’ **cultural**, mas há um princípio material universal interno a cada uma e a todas as culturas, e isso Taylor não vê. Não é um ‘horizonte’; é um modo de realidade: a própria vida humana.” (DUSSEL, E., Op. Cit., 2002, p. 122)

17. Ibidem, p. 95.

18. “Do ponto de vista cerebral, o sistema avaliativo/afetivo cerebral responde da seguinte forma: em primeiro lugar responde às necessidades objetivas primeiras; em segundo lugar, articula-se com o nível linguístico-cultural e histórico; em terceiro lugar responde às exigências superiores e culturais universais de uma ética crítica.” (Ibidem, p. 104)

19. “O projeto da libertação dos **oprimidos e dos excluídos** é aberto, partindo da exclusão do Outro e indo mais além (*jenseits*) de qualquer situação apresentada. A estruturação de alternativas – mesmo que fosse necessária (o que não podemos descartar *a priori*) a de uma utopia ou a de uma nova sociedade – não consiste na ‘aplicação’ de algum modelo ou situação ideal ou transcendental, tampouco na execução autêntica de um determinado ‘mundo da vida’ (quer seja ele o moderno ou outro diferente), muito menos se for idealizado como efeito indestrutível de uma lógica necessária (a da teologia ou razão histórica de Hegel ou a do marxismo *standart* ou de Stalin); mas deverá ser uma ‘des-coberta’ responsável, como resposta à ‘interpelação’ do Outro, dentro de um lento processo de prudência (em que a teoria de uma ‘comunidade de comunicação real’ – que racional e processualmente chega a um consenso

de validade intersubjetiva – nos ajuda a compreender melhor o progredir seletivo da *fronésis* de libertação), durante o qual o filósofo (tal como ‘intelectual orgânico’ de Gramsci) deve tratar com seriedade as motivações éticas (com Taylor) da libertação dos oprimidos e excluídos.” (DUSSEL, Enrique. **Filosofia da libertação**: crítica à ideologia da exclusão. 2. ed. São Paulo: Paulus, 1995. p. 119-120)

20. Ibidem, 2002, p. 141.

21. Ibidem, p. 143.

22. DUSSEL, Enrique. **Método para uma filosofia da libertação**: superação analética da dialética hegeliana. São Paulo: Loyola, 1986. p. 148.

23. “(...) o sistema de eticidade vigente, que era para a consciência **ingênua** (que pode ser científica, ocupar a função de autoridade política ou econômica, ou ainda ser membro da elite moral do sistema, a ‘raça sacerdotal’ de Nietzsche) a medida do ‘bem’ e do ‘mal’, converte-se diante da presença de suas vítimas, enquanto sistema, no **perverso** (o ‘mau’). É toda a questão do ‘fetichismo’ de Marx, a ‘inversão dos valores’ de Nietzsche, a descoberta do ‘superego’ repressor em Freud, a sociedade ‘excludente’ de Foucault, a ‘dialética negativa’ em Adorno e a ‘totalidade’ de Lévinas.” (Ibidem, p. 303)

24. MORELLO, Augusto. **El proceso justo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994. p. 625-626.

25. Ibidem, p. 234.

26. Ibidem, p. 306.

27. Ibidem, p. 346.

**Referência bibliográfica** (de acordo com a NBR 6023: 2002/ABNT):

**SOUZA, Artur César de.** *Análise dos casos judiciais sob a ótica do princípio da “parcialidade positiva do juiz”.* **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 37, ago. 2010. Disponível em:

< [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao037/artur\\_souza.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao037/artur_souza.html) >

Acesso em: 06 dez. 2010.